



Expediente N°: E/01193/2014

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **NOVANET AUTOMATION CONSULTANS, S.L.**, en virtud de denuncia presentada por doña **A.A.A.** y en consideración a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 10/01/2014 tuvo entrada en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) escrito de doña **A.A.A.** (en lo sucesivo la denunciante) en el que expone que, interesada por una oferta de trabajo de auxiliar administrativo para una inmobiliaria que apareció publicada en internet el 26/12/2013, envió su *curriculum vitae* a la dirección electrónica que figuraba en el anuncio (.....@gmail.com), habiendo recibido como respuesta, el 28/12/2013, desde esa misma dirección electrónica, un mensaje de contenido comercial sobre un producto financiero (una tarjeta de crédito del BBVA).

Acompaña a su denuncia impresión de pantalla obtenida de www.loquo.com con el anuncio "*Nova Baena precisa administrativo/a a principios de enero*", y copia del correo electrónico dirigido a su dirección (.....@hotmail.com), de fecha 28/12/2013, desde@gmail.com.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos que se recogen en el Informe de Actuaciones Previas que se reproduce:

<< ANTECEDENTES

Con fecha de 10 de enero de 2014 tiene entrada en esta Agencia un escrito de A.A.A. en el que declara lo siguiente:

El día 26 de diciembre de 2013 vio publicado en la página de LOQUO una oferta de trabajo para un puesto de auxiliar administrativo para una oficina inmobiliaria que iban a abrir en Sevilla.

Tras enviar su CV con sus datos a la dirección que le indicaron@gmail.com, el fecha de 28 de diciembre de 2013, le remiten un correo de respuesta indicándole que le habían inscrito en una oferta de trabajo, pero que ellos lo que van es a ofrecerle algo mejor, que es una tarjeta de crédito de 12.000 euros ya que son colaboradores del BBVA.

Añade que le parece vergonzoso que se aprovechen de la necesidad de trabajo de

la gente y bajo engaño para obtener sus datos personales de forma fraudulenta ya que los aportó en el CV.

Junto a su denuncia aporta los siguientes documentos:

Copia de los siguientes envíos a través de email:

- o Copia de pantalla de la página web www.loquo.com donde figura publicada en fecha de 26/12/2013 la oferta de empleo de auxiliar administrativo ofertada por Inmobiliaria Nova Baena*
- o Email de **B.B.B.** (.....@gmail.com) a **A.A.A.** (.....@hotmail.com) de fecha 28/12/2013 a las 10:49:28 en el que ofrece la contratación de una tarjeta de crédito. La dirección IP que aparece como origen del correo es la *****IP.1** del día 28/12/2013 02:42:42 -0800 (PST).*
- o Email de **A.A.A.** (.....@hotmail.com) a (.....@gmail.com) de fecha 26/12/2013 a las 3:25 PM en el que ofrece su CV para una oferta de trabajo.*

ACTUACIONES PREVIAS

- 1. Con fecha de 9/5/2014 se practica diligencia en la que se averigua lo siguiente:*
 - 1.1. que la dirección IP *****IP.1**, desde la que se remitió el correo electrónico objeto de la denuncia es administrada por el operador TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.*
 - 1.2. Se accede a la página web donde se publicó el anuncio y se observa que ya no consta si bien se encuentran diversas referencias en Google a que el citado anuncio existió*
- 2. En fecha 9/5/2014 se solicita información a TELEFONICA DE ESPAÑA, SA al objeto de que identifique al titular de la dirección IP *****IP.1**. recibándose respuesta en fecha e 30/5/2014 en la que manifiestan que no le constan datos relativos a dicha dirección IP.*
- 3. En fecha 4/6/2014 se solicita información a TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, SA al objeto de que identifique al titular de la dirección IP *****IP.1**. recibándose respuesta en fecha 4/6/2014 en la que manifiestan que la citada dirección se encuentra asociada el teléfono móvil *****TEL.1** del que es titular la sociedad NOVANET AUTOMATION CONSULTANS, SL.*
- 4. En fecha de 20/6/2014 se realiza la inspección a la sociedad NOVANET AUTOMATION CONSULTANS, SL. (NOVANET) en la que se averigua lo siguiente:*
 - 4.1. NOVANET tiene por objeto social el desarrollo e implementación de sistemas de información relativos a la gestión de actividades deportivas a través principalmente de federaciones de fútbol. NOVANET no tiene clientes que sean personas físicas ni ofrece servicios financieros ni propios ni de terceros.*
 - 4.2. En el marco de dicha actividad desarrollaron, por cuenta de diferentes federaciones de fútbol, unos sistemas para que los árbitros realicen las actas*

posteriores a los partidos de fútbol y las remitan a las respectivas federaciones. Dicho sistema se compone de un ordenador portátil dotado de conexión a Internet a través de una línea de telefonía móvil.

- 4.3. Para la confección de dichos sistemas, NOVANET suministró los ordenadores portátiles, los programas software necesarios y contrató las líneas de telefonía móvil correspondientes para la conexiones remotas de dichos equipos. Posteriormente, las distintas federaciones entregaron los equipos a los árbitros para el cometido descrito, desconociendo NOVANET la identidad del usuario final y siendo por tanto ajena al uso que los usuarios finales hayan realizado con dichos equipos.*
- 4.4. Para los equipos descritos NOVANET tiene dada de alta algo más de 500 líneas de telefonía móvil con TELEFONICA MÓVILES siendo la línea *****TEL.1** una de ellas que fue de alta en fecha de febrero de 2011.*
- 4.5. NOVANET dispone de forma residual de algunas líneas de telefonía móvil adicionales para uso interno de empleados, así como para equipos suministrados a terceros por razones comerciales.*
- 4.6. A requerimiento de los inspectores, NOVANET realiza una consulta en su base de datos de líneas en la que no figura registro alguno con información sobre la línea *****TEL.1** posiblemente por error en la entrada de datos.*
- 4.7. Los inspectores solicitan a NOVANET para que remitan a la Agencia Española de Protección de Datos, en el plazo de dos días, información acerca del destino o usuario de la línea *****TEL.1**.*
- 4.8. En fecha de 24/6/2014 NOVANET remite escrito en el que comunica que la línea, a falta de una confirmación final, corresponde a Baleares, si bien siguen a la espera de una información solicitada a TELEFONICA MOVILES. Añaden que han suspendido la citada línea al objeto de poder identificar al usuario que habitualmente la utiliza cuando éste reclame su falta de conexión, reclamación que aún no se ha producido. >>*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo establecido en el artículo 43.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (en lo sucesivo, LSSI).

II

El envío de publicidad a través de medios electrónicos requiere que haya sido previamente autorizado o consentido. Así lo exige el artículo 21 de la LSSI. El citado precepto obliga también al prestador del servicio a ofrecer al destinatario los mecanismos para oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales, exigiendo, si la comunicación comercial se efectúa por correo electrónico, que se ofrezca en todo caso la posibilidad de oponerse a estos envíos a través de una

dirección electrónica válida.

El artículo 21 de la LSSI, según redacción introducida por la Ley 9/2014 de Telecomunicaciones, dispone:

“1. Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente.

En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija.

Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección”

El artículo 38.4 de la LSSI tipifica como infracción leve *“d) El envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21 y no constituya una infracción grave”*. A su vez, el artículo 38.3.c) considera infracción grave *“El envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, o su envío insistente o sistemático a un mismo destinatario del servicio cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21.*

”

Por otra parte, la LSSI, artículo 37, sujeta a su régimen sancionador a *“los prestadores de servicios de la sociedad de la información”*, que se definen en el apartado c, del Anexo como las personas físicas o jurídicas que proporcionan un servicio de la sociedad de la información. A su vez, el apartado a, del Anexo entiende por *“Servicios de la sociedad de la información o servicios”*:

“Todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario.

El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios.

Son servicios de la sociedad de la información, entre otros y siempre que representen una actividad económica, los siguientes: 1.º La contratación de bienes o servicios por vía electrónica. 2.º La organización y gestión de subastas por medios

electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales. 3.º La gestión de compras en la red por grupos de personas. 4.º El envío de comunicaciones comerciales. 5.º El suministro de información por vía telemática.

No tendrán la consideración de servicios de la sociedad de la información los que no reúnan las características señaladas en el primer párrafo de este apartado y, en particular, los siguientes: 1.º Los servicios prestados por medio de telefonía vocal, fax o télex. 2.º El intercambio de información por medio de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente para fines ajenos a la actividad económica de quienes lo utilizan. 3.º Los servicios de radiodifusión televisiva (incluidos los servicios de cuasivídeo a la carta), contemplados en el artículo 3.a) de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, del Consejo, de 3 de octubre, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, o cualquier otra que la sustituya. 4.º Los servicios de radiodifusión sonora, y 5º El teletexto televisivo y otros servicios equivalentes como las guías electrónicas de programas ofrecidas a través de las plataformas televisivas.”

III

En el presente caso, la documentación remitida por la denunciante pone de manifiesto que después de haber respondido a una oferta de trabajo que fue publicada en internet el 26/12/2012 para cubrir un puesto de auxiliar administrativo en la inmobiliaria Nova Baena, recibió en su dirección electrónica, en fecha 28/12/2013, desde la misma dirección electrónica a la que dirigió la solicitud de empleo (.....@gmail.com) y por una tal **B.B.B.**, información publicitaria de carácter comercial.

La denunciante manifiesta que no otorgó su consentimiento a@gmail.com para el envío de esa comunicación comercial, requisito exigido por el artículo 21.1 para que el envío de publicidad sea ajustado a Derecho.

Por otra parte, tampoco cabría amparar en el artículo 21.2 de la LSSI la comunicación comercial que la denunciante recibió en su dirección electrónica el día 28/12/2013, ya que no se estableció ninguna relación comercial con el remitente del mensaje.

A lo anterior se añade que el mensaje publicitario no advierte de su carácter publicitario y no incluye un medio para que el receptor de la publicidad ejercite el derecho de oposición.

Las investigaciones llevadas a cabo por la inspección de datos a fin de esclarecer los hechos, determinar la identidad del sujeto responsable de la comunicación comercial y precisar si esta actuación es contraria a la LSSI, únicamente han permitido conocer (partiendo del hecho incontrovertido de que el correo publicitario se envió desde la dirección IP *****IP.1**) que esa dirección IP estaba asociada, en la fecha y hora en la que se recibe el mensaje publicitario, al teléfono móvil *****TEL.1**, contratado con Telefónica Móviles España, S.A.U. (TME) por la sociedad NOVANET AUTOMATION CONSULTANS, S.L. (en lo sucesivo, NOVANET)

NOVANET tiene como objeto social el desarrollo e implementación de “sistemas de información” relativos a la gestión de actividades deportivas a través, fundamentalmente, de Federaciones de fútbol y no ofrece servicios financieros, ni

propios ni de terceros.

NOVANET ha desarrollado, por cuenta de varias Federaciones de fútbol, unos sistemas que permiten la confección por los árbitros de fútbol de las actas posteriores a los partidos y su remisión a la Federación respectiva. Estos sistemas se articulan a través de un ordenador portátil con conexión a internet por una línea de telefonía móvil. Para tales equipos NOVANET habría contratado con TME más de 500 líneas de móvil siendo una de ellas la línea *****TEL.1**, a la que estaba asociada la dirección IP desde la que se envió el mensaje publicitario.

Ahora bien, si resulta cierto que NOVANET, para la efectividad de los sistemas que ha desarrollado por cuenta de las Federaciones de fútbol, suministró a estas Federaciones (quienes se encargaría posteriormente de entregarlos a los árbitros) los portátiles, los programas software y las líneas de móvil -que permiten la conexión de dichos equipos-, también lo es que NOVANET conserva de manera residual algunas de esta 500 líneas de móvil contratadas con TME para otros usos. Esto es, “*para uso interno de empleados*” y “*para equipos suministrados a terceros por razones comerciales*”.

A mayor abundamiento, los inspectores de la AEPD, con ocasión de las actuaciones practicadas en su sede, realizaron una consulta a la “base de datos de líneas” y comprobaron que, en relación con el número *****TEL.1**, no figura registro alguno de información.

Las investigaciones practicadas no han logrado esclarecer la identidad del usuario del servicio asociado a la línea de móvil *****TEL.1**, habiendo comunicado la entidad NOVANET a la AEPD, en fecha 24/06/2014, que continúan a la espera de recibir cierta información de TME, que la citada línea podría corresponder a Baleares y que se ha suspendido la línea a fin de poder identificar al usuario de ésta cuando formule alguna reclamación por la falta de servicio.

En resumen, las actuaciones de investigación realizadas por la Inspección de la AEPD **no han permitido conocer la identidad de la persona “usuaria” o “destinataria” de la línea de telefonía móvil a la que estaba asociada la dirección IP desde la que se envió el mail de contenido publicitario**.

Todo ello sin perjuicio, como hemos indicado anteriormente, de que la única titular del contrato celebrado con TME relativo a la línea *****TEL.1** sea esta sociedad: NOVANET AUTOMATION CONSULTANS, S.L.

Así las cosas debemos recordar que en el ámbito administrativo sancionador son de aplicación, con alguna matización pero sin excepciones, los principios inspiradores del orden penal, teniendo plena virtualidad **el principio de presunción de inocencia**, que debe regir sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetado en la imposición de cualesquiera sanciones. Esto, porque el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, en sus diversas manifestaciones, está condicionado al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones.

El Tribunal Constitucional en Sentencia 76/1990 considera que el derecho a la presunción de inocencia comporta “*que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas,*

libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio”.

De acuerdo con este planteamiento el artículo 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LRJPAC), establece que *“1. Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario.”*

Como ha precisado el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de octubre de 1998, la vigencia del principio de presunción de inocencia *“no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados – no puede tratarse de meras sospechas – y tiene que explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora, pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria pueda entenderse de cargo.”*

En STC 24/1997 el Tribunal Constitucional ha manifestado que *“los criterios para distinguir entre pruebas indiciarias capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y las simples sospechas se apoyan en que:*

- a) La prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados.*
- b) Los hechos constitutivos de delito deben deducirse de esos indicios (hechos completamente probados) a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la sentencia condenatoria (SSTC 174/1985, 175/1985, 229/1988, 107/1989, 384/1993 y 206/1994, entre otras).”*

De la exposición precedente se concluye que **el principio de presunción de inocencia** impide imputar una infracción administrativa cuando no se haya obtenido y constatado **una prueba de cargo** que acredite los hechos que motivan la imputación **o la intervención en los mismos del presunto infractor**.

Cabe citar, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) de 14 de marzo de 2013 (Rec.394/20111), en la que el Tribunal invocó el principio de presunción de inocencia y dejó sin efecto la resolución sancionadora que había dictado la AEPD.

Lo relevante a los efectos que nos ocupan es determinar la identidad de la persona, física o jurídica, usuaria de la línea de móvil a la que estaba asociada la dirección IP desde la que se remitió a la denunciante un correo electrónico de carácter publicitario vulnerando lo dispuesto en el artículo 21 de la LSSI. En este sentido, habida cuenta de que de la información recabada por el servicio de inspección de la AEPD no se desprenden evidencias o indicios razonables de los que se infiera que la entidad NOVANET es responsable de la conducta denunciada, al amparo del principio de presunción de inocencia, debe acordarse el archivo de las presentes actuaciones de investigación.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

Por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1. **PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
2. **NOTIFICAR** la presente Resolución a **NOVANET AUTOMATION CONSULTANS, S.L.**, y a doña **A.A.A.**.

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

José Luis Rodríguez Álvarez

Director de la Agencia Española de Protección de Datos